

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Signature électronique et signature manuscrite

Cool, Yorick

Published in:

Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs : à l'occasion des vingt ans du C.R.I.D.

Publication date:

1999

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cool, Y 1999, Signature électronique et signature manuscrite: soeurs ennemies ou soeurs jumelles ? Dans *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs : à l'occasion des vingt ans du C.R.I.D.*, Cahiers du CRID, Numéro 16, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 65-87.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Signature électronique et signature manuscrite : sœurs ennemies ou sœurs jumelles ?

L'on pourrait croire que le problème qui nous préoccupe, à savoir celui du droit de la preuve face aux nouvelles technologies, et plus spécifiquement le procédé couramment appelé signature électronique, est un problème typique de notre époque. Il n'en est rien. Il nous semble au contraire que le droit a de tout temps consisté en une tentative d'appréhender une réalité sociale et technique toujours mouvante et de l'organiser au mieux de ses moyens.

« Les moyens du droit ». Voilà bien le problème qui nous préoccupe ici ! En effet, l'on remarque que se développent des nouvelles technologies extrêmement utiles devant lesquelles le droit de la preuve se trouve bien embarrassé : il ne semble pas *a priori* prêt à les accepter alors même qu'elles présentent un intérêt évident pour les personnes, chaque jour plus nombreuses, qui sont susceptibles de les utiliser. Dès lors, le droit se doit de s'adapter à ces nouvelles technologies. Or, lorsqu'il s'agit de s'adapter, la question principale est celle de déterminer les moyens dont on dispose et puis de choisir celui qui est le plus efficace. Nous nous attacherons donc à étudier les différents moyens de droit qui permettraient à notre droit de la preuve d'intégrer la signature électronique.

La multiplicité des moyens ne doit pas tromper ; il n'y a en réalité que trois logiques, ou voies comme nous les appellerons désormais, dont chaque technique n'est qu'un avatar parmi d'autres. Nous étudierons chacune de ces trois voies et ses incarnations. Signalons dès à présent que cette étude ne portera dans un premier temps que sur les formes « pures » de chaque voie. Nous entendons par là que nous verrons chaque technique isolément, c'est-à-dire sans intervention d'une autre technique relevant d'une approche différente.

Mais quelles sont ces approches ? Tout d'abord, celle selon laquelle il faudrait, pour introduire la signature électronique dans le monde juridique, réformer notre droit de la preuve. C'est ce que nous appelons la voie législative. D'autre part, celle qui consiste à exploiter les régimes particuliers de notre système pour aboutir à une acceptation de la signature électronique. Nous nommons cela la voie des exceptions. Enfin, certains plaident en faveur d'une extension plus large de nos concepts, c'est la voie interprétative.

Par conséquent, après avoir présenté les éléments du problème dans un titre premier, nous nous attacherons à l'étude de ces trois voies sous leurs formes « pures » dans notre titre deux. Constatant leur incapacité à présenter une solution satisfaisante, nous chercherons enfin un compromis impliquant un système « mixte ». Cette recherche fera l'objet du titre trois .

Finalement, il nous semble important de préciser au lecteur, tant par honnêteté intellectuelle que par souci d'une bonne intelligence de nos points de vue, que nous partons d'un présupposé qui a guidé toute notre réflexion : le droit se doit d'être clair et prévisible pour ceux qui vivent sous son empire. Cela semble sans doute être un détail, mais le problème de la sécurité juridique étant au cœur du droit, cet « aveu » nous paraît nécessaire.

Ces dernières précisions étant faites, nous pouvons maintenant entamer nos préliminaires à la réflexion proprement dite.

TITRE 1 : LES ELEMENTS DU PROBLEME

Il est temps de présenter les concepts avec lesquels nous allons travailler et, ce faisant, cerner plus précisément les données du problème et ses enjeux. Pour ce faire, nous expliciterons d'abord le concept de signature électronique, puis nous étudierons les hypothèses concrètes dans lesquelles le problème se met en œuvre, et enfin nous ferons un état des lieux du droit de la preuve actuel pour ainsi définir les questions soulevées par la signature électronique.

Chap. 1 : Présentation de la signature électronique

Avec le développement actuel des nouvelles technologies de l'information¹, les consommateurs ont besoin de nouveaux outils en vue de conclure des actes juridiques de toutes sortes². La signature électronique fait typiquement partie de ces outils. Mais en quoi consiste-t-elle?

Le but de cet exposé n'est pas d'être exhaustif, mais simplement de permettre une bonne intelligence du concept et, partant, du problème qui se pose à nous. Nous serons donc brefs.

Reprenant la définition donnée par Y. Pouillet, nous nous contenterons de dire que « la signature électronique consiste en une série de caractères apposée à la fin d'un document. Elle est élaborée selon des procédés mathématiques (cryptographiques) et reprend un résumé codé du message, ... »³. Et l'auteur d'ajouter que toutes les circonstances dans lesquelles le document a été créé sont aussi reprises (date, parties...).

Reste à préciser ce que sont ces procédés cryptographiques. Il s'agit en fait de systèmes mathématiques de codage, lesquels sont censés être inviolables. Le système le plus répandu et le plus efficace est celui de la cryptographie dite « asymétrique ». Lorsque l'on recourt à la cryptographie asymétrique, l'on parlera de signature digitale plutôt que de signature électronique⁴. Ce système fonctionne grâce à deux « clés ». L'une n'est connue que d'une personne; c'est la clé d'encodage, qui permet de générer la signature. L'autre est « connue de tous »; c'est la clé de décryptage, celle qui permet de vérifier la signature codée.⁵ Grâce à ce système, il n'existe pas de doute quant à l'origine du message et, en l'état actuel de la technologie, une certaine fiabilité semble garantie en ce qui concerne le risque de « craquage du code ».

Enfin, ajoutons qu'il est impossible de modifier le document *a posteriori* sans que la manœuvre soit détectée.⁶

Espérons que nous avons ainsi atteint notre objectif, à savoir, expliciter le vocable « signature électronique ».

¹ Internet et ses prédécesseurs, tel que le Minitel français par exemple.

² Télé-achat, transferts de fonds, mais aussi virtuellement n'importe quel type de contrat classique.

³ Y. POULLET, "Droit de la preuve: De la liberté aux responsabilités", disponible à l'adresse:

<http://www.liguria.crdp.umontreal.ca/crdp/fr/equipes/technologie/conferences/aqdi/congres92/POULLET.html>

⁴ De par la multiplicité des autres techniques disponibles (signature biométrique, code secret etc...), nous ne les détaillerons pas. De surcroît, la question qui nous intéresse se pose, à l'heure actuelle, essentiellement à propos de la signature digitale. Mais il faut néanmoins garder à l'esprit qu'elle pourrait à l'avenir se poser pour d'autres mécanismes.

⁵ Nous avons volontairement simplifié la question. Pour des développements plus précis, mais néanmoins limpides, cf. E. DAVIO, "Preuve et certification sur Internet", *R.D.C.*, 1997, 97/11, p.663 et s.

⁶ Y. POULLET, *op. cit.*, p.3.

Chap. 2 : Hypothèses

Une nouvelle fois nous serons brefs ; nous ne cherchons qu'à exposer les cas de figure dans lesquels le problème qui nous préoccupe peut surgir et donc à déterminer les enjeux de la question.

La signature électronique sert essentiellement dans le cadre de communications via des *réseaux*. Ces réseaux peuvent être de deux types: fermés ou ouverts. Le premier type concerne les réseaux dans lesquels l'accès n'est possible qu'à un nombre déterminé de personnes, lesquelles se connaissent. C'est le cas du réseau en entreprise ou du réseau interbancaire SWIFT par exemple. Dans ce type de réseau on conçoit aisément qu'il soit assez facile de garantir l'identité des différents intervenants et que les litiges soient rares ou facilement résolubles. Nous éludons donc cette hypothèse. Par contre, dans un réseau ouvert⁷ l'accès est libre. Ceci emporte une conséquence majeure: les intervenants ne se connaissent parfois pas au préalable et l'identité de chacun est plus difficile à établir. On imagine donc que les litiges surgissent plus régulièrement et soient plus difficiles à résoudre. De fait, c'est dans cette hypothèse que le problème se pose effectivement.⁸

Reste encore à préciser quelles activités sont menées sur ces réseaux. Or cette précision est impossible dans la mesure où virtuellement tous les types d'activités sont pratiqués. L'on peut en effet imaginer que n'importe quel type d'acte juridique soit passé sur Internet. On conçoit donc l'importance du problème maintenant que l'accès à Internet se généralise. Tout un chacun peut être amené à vendre, acheter, passer un contrat d'entreprise ou autre par Internet, et cette possibilité va grandissant. C'est pourquoi il apparaît aujourd'hui indispensable de faciliter et faire reconnaître les actes passés sur Internet (et donc les signatures qu'ils contiennent) ; si ce n'est pas fait, un des plus grands centres d'échanges potentiels au monde sera tué dans l'œuf, ce qui serait économiquement désastreux.

Voyons donc ce qu'en pense notre droit de la preuve et les questions qu'il soulève à propos de la signature électronique.

Chap. 3 : Etat des lieux

Le fondement juridique du droit de la preuve en matière de droit des contrats se trouve dans l'article 1341 du code civil qui dispose :

« Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant une somme ou valeur de quinze mille francs, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de quinze mille francs.

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. »

On voit donc clairement que l'article 1341 consacre le principe de la prééminence de l'écrit: la preuve absolue est la preuve écrite. Dès qu'il y a écrit, un moyen de preuve tel qu'un témoignage, s'il vise à nier le contenu de l'acte ou à apporter la preuve d'obligations non prévues par lui, est irrecevable. De plus, dès lors que la valeur de l'acte dépasse les quinze mille francs, l'écrit est explicitement requis à des fins probatoires. Ce principe, apparemment simple, est à la source de tous nos problèmes. En effet, se pose la cruelle question de savoir ce

⁷ Dont Internet est le parfait exemple.

⁸ Alors que le succès du réseau SWIFT démontre que ce n'est pas le cas dans les réseaux fermés.

qu'est un écrit. Quelle peut être l'extension de ce concept ? Peut-il s'étendre au document signé électroniquement ?

Cependant, cette question n'est pas la seule que soulève l'article 1341. Quid en effet des lois relatives au commerce évoquées à l'alinéa 2 ?

La réponse à cette question se trouve résolue par l'article 25 alinéa 1° du code de commerce qui instaure le régime de la preuve libre. Quelles sont les conséquences qui se rattachent à ce régime particulier ? La libre admissibilité de la preuve est-elle une solution pour faire admettre la signature électronique ?

Ce sont ces questions que soulève principalement notre régime de la preuve quant à l'admissibilité de la signature électronique. De leurs réponses dépend la survie de ce nouveau procédé technique.

Or, de prime abord, il semble que le problème est clair : le support informatique n'a pas grand chose à voir avec un écrit, la signature électronique n'a que peu de ressemblances avec sa correspondante manuscrite, mais le régime de la preuve libre semble parfait pour faire accepter cette nouvelle technologie et bien d'autres encore.

Sans anticiper sur notre propos, nous pouvons d'ores et déjà dire qu'une vision aussi simpliste ne peut qu'induire en erreur. Il est donc indispensable d'analyser en profondeur tous les moyens de droit susceptibles d'apporter une solution à notre problème, car il est bien clair qu'il n'y a pas de réponse nette et tranchée dans notre droit de la preuve tel qu'il est aujourd'hui. Nous allons donc maintenant étudier les différentes techniques grâce auxquelles il serait possible de résoudre la question.

TITRE 2 : LES TROIS VOIES

Notre étude s'articulera autour des différentes logiques qui justifient le recours à certaines techniques juridiques plutôt qu'à d'autres. Ces logiques, ou voies comme nous les appelons⁹, sont au nombre de trois. Nous les étudions par ordre croissant « d'optimisme ».¹⁰

La première est celle de ceux qui considèrent que notre droit de la preuve est, dans l'état actuel des choses, incapable de répondre aux questions suscitées par la signature électronique. Très logiquement, ils proposent une réforme du droit de la preuve par divers moyens que nous allons étudier. Ayant donc recours au législateur pour mener cette réforme, les tenants de cette position représentent ce que nous appelons la voie législative.

La deuxième voie, que nous appelons voie des exceptions, est celle défendue par ceux qui considèrent qu'il est possible d'exploiter les « régimes particuliers » (autrement dit les exceptions prévues par le code civil) de notre système pour intégrer la signature électronique.

La troisième voie, plus optimiste, considère qu'il est possible de régler le problème qui nous concerne avec les moyens dont on dispose, pour autant que l'on interprète correctement les concepts traditionnels du droit de la preuve¹¹. Cette voie est donc celle que nous appelons la voie interprétative.

Chap. 1 : La voie législative

Deux possibilités s'offrent aux sceptiques qui considèrent que le droit de la preuve est inadapté à l'admission de la signature électronique : soit supprimer la prééminence de l'écrit en

⁹ Reprenant ainsi le mot de E. DAVIO, *op. cit.*, p.660, même si nos voies ne recouvrent pas tout à fait les siennes.

¹⁰ Entendu au sens de confiance en la capacité de notre système à intégrer la signature électronique.

¹¹ Notons que certains envisagent de reconnaître explicitement l'interprétation retenue dans un texte législatif. Mais l'acte premier étant celui d'interprétation (et non de modification), cette attitude s'intègre dans ce que nous appelons la voie interprétative.

installant un régime général de preuve libre, soit admettre explicitement la signature électronique dans les textes. Nous verrons successivement les deux approches.

Section 1 : Suppression de la prééminence de l'écrit: le régime de la preuve libre.

§1 : Distinction recevabilité/valeur probante/force probante¹²

Ces trois notions sont à bien distinguer, car l'idée selon laquelle le régime de la preuve libre est une panacée provient, du moins nous semble-t-il, d'une confusion de ces concepts.

La recevabilité est la « prise en considération, par le juge, d'éléments probatoires déclarés admissibles par la loi eu égard à l'objet du litige »¹³. Cela ne signifie donc pas que l'élément dit recevable aura forcément une influence sur la décision du juge ; celui-ci peut parfaitement considérer que ledit élément ne prouve rien. Il n'a qu'une seule obligation : étudier l'élément en question.

Pour qu'il y ait recevabilité, il faut qu'il y ait un prescrit légal allant dans ce sens. L'article 25 alinéa premier du code de commerce déclare par exemple qu'en matière commerciale, la preuve testimoniale est recevable. A l'inverse, l'article 1341 du code civil stipule que la preuve testimoniale est irrecevable lorsqu'existe un acte écrit. Ces deux exemples montrent les deux types de prescrits légaux en matière de recevabilité des preuves : l'une attribuant la recevabilité, l'autre la déniait.

Nous avons vu qu'une preuve recevable n'emporte pas forcément la conviction du juge. Cette question de la conviction du juge est celle de la valeur probante. Lorsque le juge considère que l'élément apporté peut aider à résoudre le problème qui se pose à lui, autrement dit lorsqu'il trouve que l'élément est une manifestation fiable de la réalité, on dit qu'il accorde à l'élément une valeur probante. Ce n'est qu'à partir du moment où le juge a accordé une valeur probante à quelque chose que l'on peut véritablement parler de preuve. Tout raisonnement contraire est absurde. Si l'on parle de preuve à propos d'un élément auquel le juge a dénié valeur probante, on parle d'une preuve qui ne prouve rien !

Enfin, la loi accorde aux éléments susceptibles d'être des preuves une force probante, laquelle connaît plusieurs degrés. En effet, l'idée qui sous-tend ce procédé est de hiérarchiser les différents modes de preuve. Si deux éléments contradictoires pouvant prétendre au statut de preuve sont mis en présence, c'est celui auquel la loi attache la plus grande force probante qui sera pris en compte. Ainsi, un écrit a généralement une force probante supérieure à celle d'un témoignage par exemple¹⁴. Cette force probante est très logiquement fonction du degré de fiabilité qu'on peut attendre d'un mode de preuve.

Maintenant qu'est faite cette distinction, voyons en quoi elle nous permet de mieux comprendre le régime de la preuve libre.

§2 : Le régime de la preuve libre n'attache pas de valeur probante à la signature électronique.

Exposons d'abord brièvement ce système. Il consiste en fait à supprimer un élément-clé de la définition de la recevabilité : la prescription légale. En effet, dans ce régime, tout

¹² M. ANTOINE, J.-F. BRAKELAND, M. ELOY, *Droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du CRID n°7, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p.55 et s.

¹³ M. ANTOINE, J.-F. BRAKELAND, M. ELOY, *op. cit.*, p.55.

¹⁴ Il n'est pas toujours aisé de connaître les forces probantes relatives de deux modes de preuve, car la loi ne les détermine pas systématiquement de manière explicite. Notre exemple se fonde sur l'irrecevabilité de la preuve testimoniale lorsqu'est constituée une preuve par écrit : si le législateur en dispose ainsi, c'est qu'il accorde une force probante moindre à la preuve par témoins.

mode de preuve est recevable. Ceci a parfois pour effet indirect de supprimer la différence de force probante entre deux modes de preuve.¹⁵

Le système est simple et paraît salubre pour la signature électronique : elle est d'emblée recevable. Mais c'est faire abstraction des considérations émises précédemment. En effet, être recevable n'implique pas, loin s'en faut, d'avoir une valeur probante. Le pouvoir discrétionnaire du juge demeure¹⁶, et cela nous paraît critiquable. Si nous voulions être caricaturaux, nous dirions que « discrétionnaire » rime avec « arbitraire ». En effet, on imagine aisément ce qui se passerait si la preuve était libre : les juges réceptifs à l'intérêt des nouvelles technologies accorderaient valeur probante à ces procédés, et les juges « allergiques » à l'informatique et ses semblables la refuseraient, avec pour conséquence une insécurité juridique néfaste, et ce indépendamment de tout parti pris. En effet, on conçoit aisément la réaction des utilisateurs potentiels de la signature électronique : « dans le doute abstiens-toi ! ». Or, cela est inacceptable.¹⁷ Donc, c'est une manœuvre qui est en soi absurde : l'on cherche à modifier le droit de la preuve car il semble incapable d'apporter une réponse claire à la question de la signature électronique et on le remplace par un système où la réponse n'est pas davantage claire. On le voit, la suppression de la prééminence de l'écrit et le régime de la preuve libre ne sont d'aucune utilité.

Pour contrecarrer ce problème de flou juridique, d'aucuns proposent d'être le plus limpides possible en admettant de manière explicite la signature électronique. C'est ce que nous allons voir maintenant.

Section 2 : Admission explicite de la signature électronique¹⁸

Le code civil n'évoque évidemment pas la signature électronique. Certains proposent dès lors de pallier cette carence. Or lorsque le droit parle de quelque chose, il le définit. Et en matière de définitions, il y a deux possibilités : définir de manière restrictive ou de manière large. C'est donc en fonction de ce critère que nous allons étudier la question.

§1 : Admission explicite de la signature électronique grâce à une définition restrictive

Avant de critiquer cette solution, il convient de préciser ce que serait une définition restrictive. Il y a, dans le cadre de notre problème, un synonyme parfait de cette expression : définition technique. Cela signifie qu'une définition restrictive serait du type : « La signature électronique est un procédé recourant à... » et contiendrait une énumération de procédés techniques précis.¹⁹

Ce genre de définition a pour elle la sécurité juridique ; pour peu que la technologie utilisée remplisse les conditions énoncées par le prescrit légal, on serait assuré de voir ses documents reconnus par les tribunaux. Mais la sécurité technique, elle, n'est pas garantie.

En effet, comme le souligne la doctrine, « une clé réputée indéchiffrable à ce jour pourrait ne plus l'être dans 5 ou 10 ans. »²⁰ Or, une définition restrictive n'est pas en soi

¹⁵ Cf. note précédente.

¹⁶ M. ANTOINE, D. GOBERT, « Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature électronique et au régime des autorités de certification », *R.G.D.C.*, 1998, 4/5, p.289.

¹⁷ Pour les raisons exposées au Titre 1 Chap. 2.

¹⁸ Signalons que la technique dite de certification ou de Trusted Third Parties rentre dans le cadre de ce que nous appelons les techniques mixtes, par opposition aux voies « pures » évoquées dans notre introduction, et sera dès lors traitée dans le titre trois.

¹⁹ On pense notamment à une citation explicite de la cryptographie asymétrique et de la longueur minimale des clés utilisées.

²⁰ E. DAVIO, *op. cit.*, p.669.

évolutive, elle énumère des conditions techniques précises. Celles-ci peuvent être suffisantes lors de la création du texte, mais risquent d'être bientôt dépassées d'un point de vue technique. De ce fait, il faudra, sous peine d'admettre des systèmes devenus trop peu sûrs, renouveler cette loi pour établir des conditions de validité plus strictes, et ce à l'infini.

De plus, s'il apparaissait un nouveau type de signature, il faudrait procéder de même et alimenter encore un peu plus l'inflation législative...

Bref, les définitions restrictives ont beau être sûres, elles n'en sont pas moins (trop) rapidement frappées d'obsolescence. Et cette caractéristique est un handicap majeur en matière de nouvelles technologies, étant donné la vitesse à laquelle celles-ci évoluent. Il faut donc rejeter cette solution.²¹

§2 : Admission explicite de la signature électronique grâce à une définition large

Pour pallier cet inconvénient, on pourrait envisager d'admettre la signature électronique au moyen d'une définition laissant place à l'évolution. Dans cette perspective, les textes évoqueraient simplement ce procédé en se gardant bien de le définir de manière trop technique²². Ainsi, les formes nouvelles ou plus sophistiquées de signature électronique s'intégreraient au fur et à mesure dans cette définition large. D'où la suppression du problème posé par la définition restrictive, c'est-à-dire l'incapacité à intégrer rapidement les procédés nouveaux. Mais les procédés anciens devenus peu fiables continueraient d'être admis. Le problème resterait donc entier.

Il existe cependant deux moyens pour tenter de le résoudre : soit adopter une législation accessoire²³ plus précise, mais on retombe alors dans le cercle vicieux décrit précédemment²⁴, soit préciser que la signature électronique doit présenter des garanties suffisantes de sécurité. C'est ce que fait l'article 2837 du code civil québécois.

Ici se pose la question de l'examen de la fiabilité des procédés techniques. Or, dans nos hypothèses²⁵, le seul qui pourrait être habilité à faire cet examen serait le juge, et cela n'est pas une bonne chose car, une fois de plus, ses conclusions diffèreraient selon son attitude générale envers l'informatique.

Il apparaît donc qu'une admission explicite de la signature électronique n'est pas à elle seule suffisante pour résoudre le problème qui se pose à nous. Plus généralement, la voie législative ne semble proposer que des solutions imparfaites. Abordons donc la voie des exceptions.

Chap. 2 : La voie des exceptions

Plus optimistes que les tenants de la voie législative, les partisans de cette approche considèrent qu'il est possible, dans l'état actuel de la législation, d'accepter la signature électronique dans notre paysage probatoire. Pour ce faire, ils proposent d'exploiter les

²¹ D. SYX fait très justement remarquer que plus généralement : "Sur le plan de la légistique, il est rarement à conseiller que le législateur se risque à une définition précise de notions juridiques importantes." D.SYX, "Vers de nouvelles formes de signature ?", *Droit de l'inf.*, 1986/3, p.136, n°23.

²² C'est l'attitude qu'adoptait l'ancien avant-projet de loi belge visant à modifier certaines dispositions du code civil relatives à la preuve des obligations en son article 5. L'on trouvera ce texte à l'adresse : <http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/papers/ontwerp/bw/ontwerp.pdf>. Pour un commentaire de ce texte, voyez D. GOBERT, « La sécurisation des échanges par la reconnaissance de la signature électronique : condition d'existence des réseaux d'avocats », in *Multimédia : le cyberavocat*, Formation permanente CUP, vol 29, Liège-Namur, fév. 1999, p.177.

²³ Au moyen d'arrêtés royaux par exemple.

²⁴ A propos des définitions restrictives.

²⁵ Voir note 17.

régimes exceptionnels, ces trous de souris par lesquels on parvient parfois à faire passer des éléphants. Examinons donc successivement ces régimes.

Section 1 : L'impossibilité de se constituer un écrit (art. 1348 C.C.)

L'article 1348 de notre code civil dispose que « [Les règles ci-dessus] reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. » Cette impossibilité peut être de trois types : morale, matérielle ou résultant des usages²⁶. Ce sont ces deux derniers cas qui nous intéressent.

§1 : L'impossibilité matérielle

Cette première exception concerne les cas où l'on ne peut raisonnablement pas attendre des parties qu'elles préconstituent une preuve écrite, eu égard aux circonstances exceptionnelles entourant la création de l'acte en question.²⁷ La jurisprudence interprète cette règle de manière stricte en exigeant « une véritable impossibilité et non de simples difficultés »²⁸.

A priori, cela ne concerne donc pas notre matière ; comme le fait remarquer Y. Poulet, « L'impossibilité de prouver par écrit est une exception dont le maniement apparaît difficile, au moment où c'est volontairement que celui qui se prévaut de cette exception s'est privé de cet écrit »²⁹.

Cependant, ne peut-on pas reprocher autant à la jurisprudence qu'à la doctrine une vision trop étroite sur cette question ? En effet il nous semble qu'il peut exister des hypothèses où il existe une réelle impossibilité matérielle de se constituer une preuve par écrit dans la matière qui nous concerne. N'imagine-t-on pas des cas où des personnes ont recours à des procédés informatiques car ils permettent une rapidité impossible à atteindre autrement ? Bien sûr il faut pour ce faire définir correctement l'impossibilité considérée ici : il s'agit d'une impossibilité matérielle de se constituer un écrit sans nuire au but poursuivi par les parties, lequel est en l'occurrence la célérité. Dans ce type de cas, il serait possible de se constituer un écrit, mais cela enlèverait tout intérêt à l'opération. Il ne s'agit pas d'une impossibilité résultant des usages³⁰ puisque le but n'est plus simplement d'éviter des désagréments pratiques engendrés par la rédaction d'un écrit, mais d'atteindre un objectif impossible à atteindre sans recours à la voie électronique.

Ceci dit, ce genre d'hypothèse est fort théorique et, qui plus est, est vraisemblablement trop rare pour présenter un intérêt réel. Si l'on ne parvient à valider la signature électronique que dans des cas marginaux, l'on n'a pas fait un grand pas, et ce d'autant plus qu'il est probable que les tribunaux hésiteraient à voir une impossibilité matérielle dans notre cas de figure.

L'impossibilité matérielle de prouver par écrit paraît donc n'avoir qu'un intérêt très limité pour notre question. Mais qu'en est-il de l'impossibilité résultant des usages ?

²⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, n° 901.

²⁷ M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La Preuve*, colloque U.C.L., 1987, p.18.

²⁸ M. ANTOINE, D. GOBERT, *op. cit.*, p.290. Pour plus de détails, voir aussi P. WERY, note sous Liège, 10 mars 1994, *J.M.L.B.*, 1994, p.894 et s.

²⁹ Y. POULET, « Les Transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le Droit des affaires en évolution, le juriste face à l'invasion informatique*, colloque ABJE, 24 oct. 1996, Bruxelles, Anvers, Bruylant, Kluwer, 1996, p.43.

³⁰ Cf. *infra*.

§2 : L'impossibilité résultant des usages

Ce type d'impossibilité sert dans beaucoup de situations de la vie courante dans lesquelles « il n'est pas d'usage, car la chose serait impraticable »³¹ d'établir un acte écrit. L'on pense par exemple aux billets de spectacle, ou au repas au restaurant, dont les montants dépasseraient quinze mille francs³². Le raisonnement se base sur les désagréments pratiques inutiles suscités par une éventuelle constitution d'acte écrit.

Il est évident que ce raisonnement se transporte facilement au cas de la signature électronique. Dans le monde des affaires notamment, l'habitude est prise de communiquer par voie électronique, et les désagréments apportés par la rédaction d'un acte sous seing privé seraient disproportionnés. On imagine donc facilement que ce type d'impossibilité soit reconnu dans notre cas de figure.

Cependant, le système qui se mettrait en œuvre ne serait guère satisfaisant. La reconnaissance d'une impossibilité ne fait qu'ouvrir la voie aux autres modes de preuve. La signature électronique n'est donc pas reconnue en tant que telle. Il est vraisemblable que l'acte portant signature électronique serait considéré comme une présomption³³. Or cela nous semble être une reconnaissance trop faible et un système trop lourd. De plus, en anticipant un peu, nous nous hasarderons à dire dès à présent que nous partageons le sentiment de M. Antoine et D. Gobert selon lesquels « agir par le biais d'exceptions est intellectuellement peu satisfaisant et risquerait d'aboutir à un renversement de la règle et des exceptions avec l'augmentation prévisible du nombre d'actes juridiques passés électroniquement. »

On l'aura compris, la solution de l'impossibilité de se constituer un écrit ne nous paraît pas satisfaisante. Cependant, gardons encore un peu d'objectivité ; nous allons maintenant passer à l'étude du commencement de preuve par écrit.

Section 2 : Le commencement de preuve par écrit (art. 1347 C.C.)

L'article 1347 dispose que :

« Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée (...) et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

La question qui se pose à nous est donc de savoir si le document signé électroniquement rentre dans cette définition et, si oui, si cela peut aider à résoudre notre problème.

§1 : Le document signé électroniquement est indubitablement un commencement de preuve par écrit.

Les conditions pour constituer un commencement de preuve par écrit sont clairement définies. Acte écrit signifie ici « tout ce qui émane, sous une forme littérale quelconque, de la partie à laquelle on l'oppose »³⁴. Pour qu'il émane d'une personne, il peut suffire qu'elle se le soit approprié « par une acceptation expresse ou tacite »³⁵. Enfin, c'est le juge qui apprécie souverainement s'il rend vraisemblable le fait allégué.³⁶

³¹ M. FONTAINE, *op. cit.*, p.18.

³² *Ibid.*

³³ Comme le ticket évoqué par M. FONTAINE, *op. cit.*, p.19.

³⁴ Cass. , 21 oct. 1891, *Pas.*, 1892, I, p.58.

³⁵ Cass. Fr., req., 8 août 1860, *D.S.*, 1860, p.497.

³⁶ Cass., 21 oct. 1891, *Pas.*, 1892, I, p.58.

On voit aisément que le document signé électroniquement s'intègre à merveille dans cette définition. En effet, il se présente bien « sous une forme littérale quelconque », a fortiori s'il a été imprimé. De par la présence d'une signature (même sous forme électronique), il y a bien « acceptation »³⁷. Et l'on ne voit pas *a priori* pourquoi il ne rendrait pas « vraisemblable le fait allégué ». Tout semble donc parfait. Mais il faut toujours se méfier des apparences.

§2 : Cette solution est boiteuse.

Deux arguments justifient cette affirmation. Tout d'abord, comme le soulignent fort justement M. Antoine, M. Eloy et J.F. Brakeland³⁸, le commencement de preuve par écrit ne fait qu'ouvrir la voie aux autres modes de preuve. Ainsi se pose le même problème que pour l'impossibilité de se constituer un écrit. Le problème n'est pas encore résolu quand on a établi qu'il y avait commencement de preuve par écrit.

Or, pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit, il faut que le juge admette que le document rende vraisemblable le fait allégué. Et s'il nous semble clair que ce dernier remplit la condition susdite, il n'est pas évident que le juge pensera de même. Une fois de plus, soyons pessimistes et écartons l'hypothèse (que nous considérons naïve) d'un être humain pouvant faire abstraction de tout *a priori*. Dans le cas de figure qui nous intéresse, le juge sera toujours influencé par son attitude générale envers les technologies nouvelles et appréciera le cas d'espèce en fonction de cette dernière.

Il nous semble donc qu'il faut rejeter la solution que certains voient dans l'article 1347, car une fois de plus, elle ne permet pas d'accepter pleinement la signature électronique et donne un pouvoir d'appréciation trop grand au juge, ce qui crée une insécurité juridique.

Section 3 : Le régime commercial (art. 25 al. 1 code de commerce)

La matière commerciale étant régie par le système de la preuve libre, nous renvoyons aux considérations émises au Chap. 1, Section 1.

Section 4 : Les conventions dérogatoires

Ici il ne s'agit plus de faire appel à un article salvateur, mais bien d'y déroger par la volonté des parties. Comment ce système est-il possible, et quelles sont ses limites ?

§1 : La législation en matière probatoire est supplétive.

La doctrine³⁹ et la jurisprudence sont unanimes, « Les dispositions légales concernant la preuve des obligations, tels les art. 1341 et 1353 du code civil, ne sont pas d'ordre public. »⁴⁰ Elles ne sont pas non plus considérées comme étant impératives puisqu'il est admis que les parties peuvent y déroger par une convention⁴¹. Cela n'est contesté par personne.

Cependant, il faut relativiser l'étendue de cette possibilité. En effet, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur⁴² a largement réduit la liberté des parties dans la formation de telles conventions. En bref, elles ne

³⁷ Cf. *infra*.

³⁸ M. ANTOINE, J.-F. BRAKELAND, M. ELOY, *op. cit.*, p.49.

³⁹ Voir par exemple H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 737, B.

⁴⁰ Cass., 5 janv. 1950, *Pas.*, 1950, I, p.287.

⁴¹ Cf. M. ANTOINE, J.-F. BRAKELAND, M. ELOY, *op. cit.*, p.50 et s. et les références citées.

⁴² *M.B.*, 29 août 1991, art. 32, 18.

peuvent ni déroger aux exigences de l'intérêt public, ni instaurer un régime d'inégalité entre les parties.⁴³ Mais n'exagérons rien, cette mesure est légitime et ne paralyse pas le mécanisme.

§2 : Les limites des conventions dérogatoires

Il est donc possible de déroger au droit de la preuve grâce à des conventions. Mais cela ne résout pas le problème ; ce type de conventions n'a qu'un intérêt limité. En effet, s'il est possible de faire reconnaître la signature électronique grâce à ce procédé, cette solution n'est pas idéale.

Tout d'abord, cette convention doit revêtir la forme d'un contrat écrit, ce qui suppose que les parties soient préalablement en rapport l'une avec l'autre, ce qui dans les hypothèses qui nous concernent, n'est pas toujours le cas⁴⁴. Or l'établissement de cet acte écrit peut être assez problématique et réduire à néant l'intérêt de l'utilisation de moyens électroniques, lequel intérêt réside justement dans la possibilité de pouvoir établir un acte sans se rencontrer physiquement.

De plus, ce type de convention, lorsqu'il est proposé par une entreprise à un particulier, n'est que rarement lu par ce dernier, souvent trop confiant, et il peut en résulter de mauvaises surprises⁴⁵.

L'on voit donc bien que ce système n'a d'intérêt réel que pour des relations durables. Le mécanisme n'est pas satisfaisant pour les rapports occasionnels qui sont pourtant légion sur Internet.

Ainsi la voie des exceptions semble-t-elle proposer des solutions partielles, mais aucune n'est pleinement satisfaisante en réseau ouvert. Voyons ce qu'il en est de la voie interprétative.

Chap. 3 : La voie interprétative

Plus optimistes encore, voici des gens qui soutiennent que la règle générale énoncée par l'article 1341 permet la reconnaissance de la validité de la signature électronique, pour peu que l'on interprète correctement les concepts-clé. Comment ?

Section 1 : L'écrit : d'un concept étroit faire un concept large.

Dans le sens commun, un écrit se trouve toujours porté sur un support papier. C'est cette vision des choses qui amène à dire que la signature électronique n'est pas en soi recevable. Nous allons tenter de montrer que l'écrit recouvre une réalité bien plus large. Parmi d'autres⁴⁶, nous nous inspirerons essentiellement des travaux de M. Fontaine⁴⁷.

Ainsi, en l'absence de définition légale de l'écrit, l'auteur propose-t-il la définition suivante : « expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support. »⁴⁸. Cette définition, qui nous semble parfaitement acceptable, est lourde de conséquences. En effet, lorsqu'on parle de langage, ce peut être n'importe quel type de langage, pourvu qu'il puisse

⁴³ Pour une présentation plus précise, voir M. ANTOINE, J.-F. BRAKELAND, M. ELOY, *op. cit.*, p.51-2.

⁴⁴ Par exemple dans le cas du « surfeur » qui rencontre un vendeur sur l'Internet.

⁴⁵ Assez rarement, convenons-en, d'autant que la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur vise justement à éviter ce type de mauvaise surprise.

⁴⁶ Y. POULLET, *op. cit.* ; M. ANTOINE, J.-F. BRAKELAND, M. ELOY, *op. cit.* ; M. ANTOINE, D. GOBERT, *op. cit.* Notons que ces derniers proposent l'adoption d'une « loi interprétative » qui entérinerait l'interprétation proposée des concepts d'écrit et de signature.

⁴⁷ M. FONTAINE, *op. cit.*

⁴⁸ M. FONTAINE, *op. cit.*, p.5.

être compris avec les moyens adéquats. Car la langue employée, c'est un fait reconnu⁴⁹, importe peu pour la validité d'un acte. Or si une langue étrangère est considérée valable, pourquoi pas un code ? Les signes aussi peuvent être admis dès qu'il existe un moyen pour les lire, c'est ce que montre l'assimilation des bandes magnétiques à un écrit, faite par une jurisprudence française déjà ancienne⁵⁰. Les techniques cryptographiques et informatiques sont donc acceptables. Quant au support enfin, il convient de voir que c'est la durabilité qui est recherchée. Dès lors, les modes d'enregistrement informatiques⁵¹ sont aussi pertinents que le papier qui est, après tout, l'un des supports les plus fragiles^{52,53}.

De manière plus générale, il faut remarquer que la prééminence de l'écrit a été proclamée car l'écrit était, à l'époque de cette décision, le moyen de preuve le plus sûr. Or, il nous semble l'avoir montré⁵⁴, le mécanisme de la signature digitale⁵⁵ permet un haut niveau de sécurité. Dès lors, les documents qu'elle concerne nous semblent devoir être considérés comme des écrits.

Section 2 : La signature : théorie de l'équivalent fonctionnel

Voici la clé du débat. La « signature » dans l'expression « signature électronique » recouvre-t-elle le même concept que celle du code civil ? C'est peut-être la seule question pertinente qu'il y ait à poser.

La réponse est comme précédemment différente de celle que l'on donnerait de prime abord. En effet, la signature ne doit pas uniquement être considérée comme un graphisme particulier à la fin d'un document. Il faut voir quel est son intérêt.

Or la signature a deux fonctions essentielles, unanimement dégagées par la doctrine⁵⁶. Ces deux fonctions sont l'identification de l'auteur et la marque de la volonté d'adhérer au contenu de l'acte, appelée plus sobrement « animus signandi » par D. Syx.

L'on voit facilement que ces deux fonctions sont remplies efficacement par la signature digitale. Le mécanisme de clés, et leur niveau de sécurité⁵⁷ garantit l'identité de l'auteur et ce, de manière sans doute plus fiable que la signature manuscrite. Quant à l'animus signandi, il se manifeste clairement par l'emploi de la signature.

Puisque les fonctions de la signature manuscrite sont remplies⁵⁸, il nous semble qu'il faut admettre, sur simple base de leurs définitions respectives, que la signature électronique

⁴⁹ H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 742.

⁵⁰ Dijon, 29 juin 1955, *Dall.*, 1955, p.583.

⁵¹ Disque dur, disquette, CD-ROM gravables...

⁵² Il est évident qu'un problème dans le système informatique peut surgir et effacer les données. Mais dans un environnement papier aussi, il existe toujours un risque de perte de données via un incendie par exemple. De plus, les CD-ROM gravables, qui connaissent actuellement un développement remarquable, ont une résistance à toute épreuve et ne périssent que difficilement.

⁵³ Y. POULLET, *op. cit.*, p.54 évoque aussi l'inaltérabilité. Nous avons vu que la signature digitale possède aussi cette caractéristique.

⁵⁴ Cf. *supra*, Titre 1, Chap. 1.

⁵⁵ Quant aux autres mécanismes de signature électronique, il faut raisonner au cas par cas. D'où l'intérêt d'organismes garantissant le niveau de sécurité de ces systèmes. Cf. *infra*, Titre 3, Chap. 1.

⁵⁶ Voyez par exemple D. MOUGENOT, « Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspectives », in *Droit de la preuve*, Formation permanente CUP, vol 19, Liège, oct. 1997, p.76, et les références citées par cet auteur. Voyez aussi D. GOBERT, « La sécurisation des échanges par la reconnaissance de la signature électronique : condition d'existence des réseaux d'avocats », in *Multimédia : le cyberavocat*, Formation permanente CUP, vol 29, Liège-Namur, fév. 1999, p.173.

⁵⁷ Dans de bonnes conditions. La même réserve doit se formuler avec d'autant plus de vigueur pour les autres mécanismes de signature électronique, qui ne présentent pas tous le même niveau de sécurité. Nous y reviendrons au Titre 3.

⁵⁸ Voir note précédente.

est équivalente à la signature manuscrite et donc qu'un document signé électroniquement est un écrit⁵⁹ signé au sens du code civil.

Section 3 : Ce système à lui seul ne peut suffire.

Il apparaît donc qu'une interprétation téléologique des concepts du code civil suffit à rendre la signature électronique recevable et à lui conférer valeur probante⁶⁰.

Cependant, comme pour tous les cas de figure déjà envisagés, la reconnaissance de ce procédé n'est pas suffisante ; il faut en outre garantir la sécurité du système pour éviter que ne soient acceptés des mécanismes dont la sécurité technique laisse à désirer. Or, si le droit peut réclamer des garanties techniques, il n'est pas capable à lui tout seul de vérifier qu'elles soient suffisantes ; le juge n'est pas un informaticien. Plus fondamentalement, de telles questions doivent trouver leur solution en dehors des tribunaux. Il faut justement que le consommateur sache qu'il n'aura pas besoin d'un long débat technique devant le juge pour voir reconnaître son instrumentum signé électroniquement. Il est nécessaire que la sécurité technique d'un mécanisme de signature soit établie avant même son utilisation, et ce pour des raisons évidentes de sécurité juridique.

Au terme de cette étude, l'on voit bien que deux mécanismes sont efficaces pour intégrer la signature électronique⁶¹ mais qu'aucun d'entre eux ne permet de résoudre le problème de la sécurité technique. Comment garantir celle-ci ?

TITRE 3 : LE COMPROMIS S'IMPOSE. MAIS LEQUEL ?

Aucun système « pur »⁶² ne semble donc s'imposer. Il faut donc avoir recours à un système « mixte ». Mais lequel ?

Chap. 1 : Un concept-clé : la certification.

L'on voit immédiatement qu'il ne suffit pas de faire un mélange maladroit des trois voies pour résoudre le problème. La solution du compromis nécessite un concept nouveau qui ne peut lui-même avoir cours que dans un système « mixte ». Il s'agit bien sûr du recours aux « Trusted Third Parties », procédé que l'on appellera ici certification.

Section 1 : Le rôle de la certification⁶³

§1 : La sécurisation de la signature

Le système de certification, qui se développe essentiellement dans le cadre de la signature digitale, a pour fonction première « d'assurer un lien formel entre une personne et sa clé publique. »⁶⁴. Autrement dit, elle nous garantit qu'il n'y a pas erreur sur l'identité de notre interlocuteur. Puisque le mécanisme de la cryptographie asymétrique est aujourd'hui très

⁵⁹ Cf. *supra*, Titre 2, Chap. 3, Section 1.

⁶⁰ Puisqu'elle est, par cet acte d'interprétation, reconnue comme étant l'équivalent parfait de la signature manuscrite.

⁶¹ La reconnaissance explicite et l'interprétation des concepts.

⁶² Cf. notre introduction.

⁶³ Pour une étude plus approfondie de ce mécanisme sous sa forme actuelle, M. ANTOINE, D. GOBERT, *op. cit.*, p.293 et s. Voir aussi Y. POULLET, *op. cit.*, p.46 et s.

⁶⁴ M. ANTOINE, D. GOBERT, *op. cit.*, p.294.

fiable (il paraît impossible pour un tiers de modifier la signature), cette prestation est actuellement la seule prestation de « sécurisation » offerte par les certificateurs.

Or il nous apparaît qu'il serait intéressant que la certification aille au-delà de ce rôle très restreint. En effet, ne serait-il pas profitable que les certificats s'étendent à tous les mécanismes de signature électronique⁶⁵, et surtout, qu'ils garantissent aussi la sécurité du mécanisme employé ?

Expliquons-nous. Nous avons vu⁶⁶ que la signature (électronique ou manuscrite), doit remplir deux fonctions, à savoir l'identification de l'auteur et la manifestation de l'animus signandi. Or, pour que l'auteur soit identifié de manière certaine, il faut que quelqu'un établisse le lien entre une signature et son auteur. C'est ce que font actuellement les certificateurs. Mais une autre nécessité apparaît, tant pour identifier l'auteur que pour s'assurer sa volonté d'adhérer à l'acte. Il faut que personne ne puisse usurper la signature d'autrui ni modifier *a posteriori* l'acte en question, bref, il faut que la sécurité technique soit assurée. Nous avons vu que dans l'état actuel des technologies, cette condition est remplie par les mécanismes de signature basés sur la cryptographie asymétrique, mais cette affirmation est conjoncturelle et sera peut-être fausse demain. De plus, les autres mécanismes de signature électronique n'ont pas tous le même degré de fiabilité. D'où l'intérêt de faire appel au certificateur pour évaluer la sécurité technique du système, et ainsi déterminer si le mécanisme équivaut à une signature manuscrite.

§2 : La publicité

Nous évoquons ce point par souci de complétude, car il ne pose pas de problème. En effet, il est évident que le consommateur, et surtout les personnes avec lesquelles il est susceptible d'entrer en relation, doivent savoir quel est le niveau de sécurité d'un système donné. Que cette information doit être fournie par le certificateur n'est pas sujet à discussion. Nous ne nous étendons donc pas davantage sur la question.

Section 2 : Les modalités de la certification⁶⁷

Il s'agit ici de revenir au problème juridique : quels sont les pré-requis du système de certification ? La certification suppose la sécurité juridique et technique, ainsi qu'une responsabilité lourde dans le chef de l'autorité de certification.

§1 : La certification suppose la sécurité.

a) juridique

Pour que les certificats aient un quelconque intérêt, il faut qu'ils soient reconnus par les tribunaux, c'est-à-dire qu'il faut que le juge confère une valeur probante aux signatures électroniques certifiées, qu'il les considère, grâce à la garantie de leur fiabilité, comme des équivalents de la signature manuscrite. Ainsi, la personne disposant d'une signature électronique certifiée serait-elle assurée de la voir reconnue en justice, et par là-même, se sentirait libre de conclure des actes juridiques par voie électronique. Or, rappelons-le, c'est justement là le but que l'on visait.

⁶⁵ Biométrie...

⁶⁶ Cf. supra, Titre 2, Chap. 3, Section 2.

⁶⁷ Désormais, lorsque nous évoquerons le mécanisme de certification, il faudra entendre ce terme dans le sens élargi que nous lui avons donné dans le Chap. 1, Section 1.

A l'inverse, dès lors que l'on considère que l'existence d'un certificat est la garantie d'un certain niveau de sécurité⁶⁸, il faut logiquement refuser l'équivalence aux mécanismes de signature non-certifiés⁶⁹. En effet, à quoi sert-il de louer les mérites de la certification si l'on accepte des signatures non-certifiées? D'aucuns objecteront qu'une signature qui n'est pas encore certifiée peut être sûre. C'est un fait, mais il nous semble que ce qui importe le plus, c'est la prévisibilité par le sujet de droit de ce que va accepter ou non le juge. Dès lors nous proposons d'instaurer la double équation certificat = équivalence à la signature manuscrite, pas de certificat = pas d'équivalence^{70, 71}. Cela nous paraît être le système le plus efficace et le plus sûr.

b) technique

Ici encore nous serons brefs. Il s'agit juste de dire que les certificats, pour être efficaces, doivent être renouvelés périodiquement pour garantir que le système est toujours fiable au regard des dernières évolutions techniques⁷².

§2 : La certification suppose une responsabilité lourde dans le chef de l'autorité de certification.

En effet, dès lors que l'on fait reposer l'équivalence entre signature électronique et signature manuscrite sur l'obtention d'un certificat, il faut que l'autorité délivrant ledit certificat fasse son travail sérieusement. Or il nous semble que le meilleur moyen pour inciter les autorités de certification à être scrupuleux lors de leur évaluation d'un système est d'établir une présomption⁷³ de faute dans leur chef en cas de fraude⁷⁴. D'autant que c'est le système le plus logique. En effet, s'il n'y a pas eu de négligence dans le chef du titulaire de la signature, la fraude n'est possible que grâce à une « faille » technique du mécanisme employé, ce qui implique que l'autorité a certifié un mécanisme non fiable et doit dès lors être tenue pour responsable.

Chap. 2 : Les apports des voies

L'on voit donc l'intérêt de la certification. Mais une question demeure. Comment mettre en œuvre ses pré-requis ? En effet, il faut encore reconnaître la signature électronique et les certificats. Les voies législative et interprétative ont chacune leurs solutions à ces deux problèmes. Lesquelles sont les plus pertinentes ?

Section 1 : Condition de possibilité de la certification : le conflit entre législation et interprétation.

⁶⁸ Ce qui est le cas avec notre vision « élargie » de la certification.

⁶⁹ Rien n'empêche par contre de considérer l'écrit signé avec ces mécanismes comme des commencements de preuve par écrit.

⁷⁰ Certains ne manqueront pas de pousser les hauts cris devant ce retour du formalisme dans la création d'actes sous seing privé. Mais cela nous semble préférable à un pouvoir laissé au juge et au flou qu'il en résulterait.

⁷¹ Pour les moyens de mise en œuvre de cette équation, Cf. infra, Chap. 2 Section 2.

⁷² C'est ce qu'exige notamment la Loi allemande sur le multimédia du 13 juin 1997, art. 3 (sur la signature digitale), Journal officiel allemand du 22 juillet 1997 (BGB1, IS, 1870).

⁷³ Cette présomption doit être réfragable. En effet, il est possible que la fraude soit due à la négligence du titulaire de la signature. C'est pourquoi il faut laisser aux autorités de certification une possibilité de démontrer l'absence de faute dans leur chef.

⁷⁴ Usurpation de signature, modification du document et de la signature postérieurement à l'apposition de la signature...

Pour que la certification puisse être mise en œuvre, il faut que la signature électronique puisse être reconnue. Nous avons vu que la reconnaissance explicite de la signature électronique et la voie interprétative proposaient toutes deux des solutions efficaces mais qui ne garantissaient pas la sécurité technique. La certification remédie à ce problème. Quel est le cadre le plus adapté ?

Le code civil québécois admet la signature électronique en son article 2837 pour peu qu'elle présente des garanties suffisantes de sécurité⁷⁵. Il s'agit donc d'une reconnaissance explicite de la signature électronique grâce à une définition large. Cette solution est certes efficace, mais est-il besoin d'adopter un tel texte ? Il nous semble que non ; l'interprétation est suffisante, nous l'avons montré précédemment. La signature est un concept malléable et sa version électronique est parfaitement à même de s'y intégrer. La législation est une hypothèse inutile. Certes, l'on pourra rétorquer qu'au vu de la réticence de la jurisprudence à admettre une définition fonctionnelle de la signature, il serait profitable de « forcer la main » au juge en entérinant cette interprétation nouvelle par une « loi interprétative ». L'idée est séduisante, mais sa mise en œuvre inutile dès lors qu'est adopté l'article dont nous préconisons la promulgation⁷⁶.

Il apparaît donc que lorsqu'il existe un système de certification garantissant la sécurité du mécanisme, la voie interprétative est la meilleure pour intégrer la signature électronique. En effet, c'est la plus simple⁷⁷.

Cependant demeure la question du statut légal de la certification. C'est ce que nous allons examiner maintenant.

Section 2 : Sécurité de la certification : l'apport indiscutable de la législation.

Il nous semble que c'est bien ici que doit intervenir le législateur, et non dans une inutile définition légale de la signature électronique. Le législateur devrait, selon nous, déléguer en quelque sorte ses pouvoirs aux organismes de certification. Nous entendons par là qu'il devrait laisser ces derniers décider de ce qui est un mécanisme de signature électronique fiable.

Expliquons-nous. Nous avons⁷⁸ préconisé que la condition d'équivalence entre signature manuscrite et électronique soit la possession ou non d'un certificat de sécurité. C'est ce principe que doit consacrer le législateur. L'article en question serait du type « Les nouveaux modes de signature garantis sûrs par un certificat délivré par un organisme agréé sont reconnus en tous points équivalents à la signature manuscrite. Les documents signés à l'aide de mécanismes ne présentant pas cette garantie reçoivent le statut de commencement de preuve par écrit.⁷⁹ » Cet hypothétique article a plusieurs avantages.

⁷⁵ L'article 5 de l'avant-projet de loi belge visant à modifier certaines dispositions du code civil relatives à la preuve des obligations va dans le même sens. Mais nous préférons envisager un texte déjà en vigueur.

⁷⁶ Cf. infra.

⁷⁷ Nous entendons par là qu'elle ne nécessite aucun processus législatif, c'est donc un système moins lourd à mettre en place. La définition large combinée à un système de certification tel que nous le concevons est efficace aussi, mais pourquoi adopter un texte législatif quand on peut s'en passer ?

⁷⁸ Au Titre 3 Chap. 1 Section 2 §1 a).

⁷⁹ C'est l'absence d'une disposition établissant une discrimination de ce type entre signature certifiée et signature non-certifiée qui rend inutile à nos yeux l'article 5 de la proposition de directive européenne sur un cadre commun pour les signatures électroniques (COM (98)297 final, 13 mai 1998). En effet, bien qu'elle instaure une équivalence parfaite entre la signature certifiée et la signature manuscrite, elle laisse planer le doute sur la signature non-certifiée qui ne peut être contestée sur base de sa forme ou de son absence de certification. Ce qui revient à dire qu'il faudra faire la démonstration de l'insécurité éventuelle d'un mode signature « périmé ». Or, on l'aura compris, nous sommes défavorables à la résolution de telles questions postérieurement à l'établissement de l'acte, notamment à cause de l'insécurité juridique qui en résulte.

Premièrement, il laisse la voie ouverte à tous les nouveaux modes de signature, car il sous-entend que c'est la théorie de l'équivalent fonctionnel qui prédomine en matière de définition de la signature⁸⁰. De cette façon, on contraint le juge à accepter les documents signés électroniquement sans pour autant avoir besoin de se hasarder à une définition des nouveaux modes de signature. Ensuite, il laisse aux certificateurs, c'est-à-dire aux gens compétents⁸¹, le soin de déterminer ce qui est fiable. Enfin, il a l'avantage d'être clair et net en ce qui concerne la recevabilité, la valeur et la force probante de la signature électronique⁸².

Signalons aussi qu'il serait bon de veiller à ce que les certificats soient régulièrement mis à jour. On imagine facilement que le législateur pourrait l'exiger.

CONCLUSION

Nous voici donc arrivés au terme de notre étude. Une critique des divers mécanismes permettant d'intégrer la signature électronique dans notre paysage probatoire nous a amené à en rejeter certains, trop peu satisfaisants, pour ne retenir que la théorie de l'équivalent fonctionnel prônée par les tenants de ce que nous appelons la voie interprétative. La mise en œuvre de cette théorie requiert la sécurité technique du système pour que l'équivalence entre signature manuscrite et électronique soit effective. A cet effet, nous avons préconisé un élargissement du rôle des autorités de certification. Enfin, une implémentation efficace de cette solution nécessite une législation reconnaissant explicitement l'équivalence entre signature électronique certifiée et signature manuscrite et ce, pour des raisons évidentes de sécurité juridique.

Cette solution nous paraît atteindre de manière satisfaisante l'objectif qu'elle vise à remplir. Cependant, elle ne manquera pas de soulever d'autres questions. Il faut tout d'abord se demander comment inciter les autorités de certification à fournir les prestations que ce système requière d'elles. Comment et sur quels critères les agréer ? Mais au-delà de ce type de question s'en posent d'autres, inhérentes à la matière qui nous retient : quid du niveau international ? Plus particulièrement au niveau européen : quelles seraient les conséquences de l'adoption de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur un cadre commun pour les signatures électroniques⁸³ ? Ces questions débordent le cadre restreint de notre étude et pourtant, de leurs réponses dépend la pertinence de la nôtre. Souhaitons dès lors que des solutions efficaces seront rapidement proposées pour que la signature électronique puisse se développer harmonieusement dans un cadre juridique adapté.

⁸⁰ C'est pour cette raison que nous considérons une définition de la signature électronique inutile. Si elle est large, elle ne fait évidemment pas de mal, mais elle est inutile dès lors qu'existe l'article dont nous préconisons la promulgation.

⁸¹ Dont la compétence est reconnue par l'agrément.

⁸² Puisque la signature électronique certifiée est reconnue équivalente à la signature manuscrite, ce qui n'est qu'une conséquence de la théorie de l'équivalent fonctionnel.

⁸³ COM (98)297 final, 13 mai 1998.